

“PERFORMANCE BOND” E “SURETY BOND” COMO INSTRUMENTOS DE REGULAÇÃO E CONCREÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA DESENVOLVIMENTO NACIONAL APÓS A OPERAÇÃO LAVA-JATO

“PERFORMANCE BOND” AND “SURETY BOND” AS INSTRUMENTS FOR ADJUSTMENT AND PUBLIC POLICY CONCERNS FOR NATIONAL DEVELOPMENT AFTER THE LAVA-JATO OPERATION

Danilo Henrique Nunes
Lucas Souza Lehfeld

Recebido em: 15/05/2018
Aceito em: 07/06/2018

dhnunes@hotmail.com
lehfeldrp@gmail.com

Resumo: Esse trabalho tem como intuito discutir aspectos jurídicos das garantias de execução do contrato – performance bond – no contexto de sua eventual utilização como garantia nos contratos administrativos de obra, de fornecimento de bens e de prestação de serviços no Brasil. A análise sobre o assunto passa pela importância da licitação e da livre concorrência decorrente da exigência da apólice pela Administração Pública. A metodologia empregada nesse trabalho se baseou em recomendações das Normas Brasileiras e artigos científicos. Foi utilizada a pesquisa bibliográfica ancorada em livros, artigos e trabalhos acadêmicos. Com a conclusão do presente trabalho é possível ressaltar que na modalidade Performance Bonds, revela que o instituto pode suprir inúmeras deficiências do ente estatal contratante, de modo a garantir maior sucesso à plena concretização do objeto licitado.

Palavras-chave: Performance Bond. Licitação. Corrupção.

Abstract: The purpose of this paper is to discuss legal aspects of the guarantee of performance of the counter-to-bond performance - in the context of its possible use as collateral in the administrative contracts for works, supply of goods and services in Brazil. The analysis on the subject goes through the importance of bidding and free competition resulting from the requirement of the policy by the Public Administration. The methodology used in this work was based on recommendations of the Brazilian Norms and scientific articles. Bibliographic research was anchored in books, articles and academic works. With the conclusion of the present work it is possible to emphasize that in the Performance Bonds modality, it reveals that the institute can supply numerous deficiencies of the contracting state entity, in order to guarantee greater success to the full ac

Keywords: Performance Bond; Bidding; Corruption.

1. INTRODUÇÃO

Conforme Fiuza (2009, p. 18), desde a segunda metade do século XX e início do século XXI, ocorrem debates a respeito dos procedimentos de seleção e contratação administrativos. Os mencionados debates englobam a busca por mecanismos contratuais capazes de garantir efetividade às políticas públicas através da execução regular dos contratos. Englobam ainda: a avaliação do procedimento licitatório, o modelo de gestão contratual, as práticas institucionais de governança, além da utilização de garantias contratuais.

Verifica-se contudo, que no arcabouço normativo infraconstitucional em vigor, cujo vértice é a Lei de Licitações, o que prepondera são os longos e burocráticos processos, cujo sacrifício da perda da agilidade nas ações estatais não é compensado pela melhor escolha. A realidade brasileira da má

qualidade e do alto custo das obras, bens e serviços contratados pela Administração Pública brasileira, revela que perdemos em agilidade, mas em troca não ganhamos nem em qualidade, nem em melhor preço, ou seja, temos um extenso conjunto de normas que não se mostra eficaz na satisfação do interesse público (BEZER, 2010, p. 64).

Esse trabalho tem como intuito discutir aspectos jurídicos das garantia de execução do contrato – *performance bond* – no contexto de sua eventual utilização como garantia nos contratos administrativos de obra, de fornecimento de bens e de prestação de serviços no Brasil.

A análise sobre o assunto passa pela importância da licitação e da livre concorrência decorrente da exigência da apólice pela Administração Pública.

Em relação as propostas legislativas dedicadas à reformulação do regime brasileiro de *performance bond*, são analisados dois projetos de Lei, o PLS n. 274, de 2016, e o PL n. 6814, de 2017. Também foi detalhada uma proposta de imediata exigência da apólice, atendendo às exigências de funcionalidade identificadas ao longo do trabalho, nas licitações sob o Regime Diferenciado de Contratações – RDC (Lei n. 12.462/11) exigência da apólice como garantia contratual.

A metodologia empregada nesse trabalho se baseou em recomendações das Normas Brasileiras e artigos científicos. Foi utilizada a pesquisa bibliográfica ancorada em livros, artigos e trabalhos acadêmicos.

2. REVISÃO DE LITERATURA

2.1 Administração Pública

Nos dias atuais, conhecer as técnicas de administração é fator essencial para um bom governante.

Quadro 1 – Funções da administração

| PROCESSO OU FUNÇÃO | DESCRIÇÃO |
|--------------------|--|
| Planejamento | Planejamento é o processo de definir objetivos, atividades e recursos. |
| Organização | Organização é o processo de definir o trabalho a ser realizado e as responsabilidades pela realização; é também o processo de distribuir os recursos disponíveis segundo algum critério. |
| Direção | Execução é o processo de realizar atividades e utilizar recursos para atingir os objetivos. O processo de execução envolve outros processos, especialmente o processo de direção, para acionar os recursos que |

| | |
|----------|--|
| | realizam as atividades e os objetivos. |
| Controle | Controle é o processo de assegurar a realização dos objetivos e identificar a necessidade de modificá-los. |

Fonte: MAXIMIANO, 2000, p. 2

Na Administração pública, a preocupação com a eficiência da realização das tarefas ou circunstâncias que obrigassem a melhoria de procedimentos, em virtude da competitividade ou visando à lucratividade.

Abaixo está apresentado um quadro com as principais teorias administrativas com seu principal enfoque:

Quadro 2: As Principais Teorias Administrativas e Seus Enfoques

| ÊNFASE | TEORIA ADMINISTRATIVA | PRINCIPAIS ENFOQUES |
|--------------|--|--|
| Na Estrutura | Administração Científica | Racionalização do trabalho no nível operacional. |
| | Teoria Clássica Teoria Neoclássica | Organização Formal Princípios gerais da administração Funções do administrador. |
| | Teoria Estruturalista | Múltipla abordagem: Organização formal e informal. Análise intra-organizacional e análise interorganizacional. |
| Nas Pessoas | Teoria das Relações Humanas | Organização informal. Motivação, liderança, comunicações e dinâmica de grupo. |
| | Teoria do Comportamento Organizacional | Estilos de administração Teoria das decisões. Integração dos objetivos organizacionais e Individuais. |

| | | |
|-----------------|--|---|
| | Teoria do Desenvolvimento Organizacional | Mudança organizacional planejada. Abordagem de sistema aberto. |
| No Ambiente | Teoria Estruturalista | Análise intra-organizacional e análise ambiental. Abordagem de sistema aberto. |
| | Teoria da Contingência | Análise ambiental (imperativo ambiental) Abordagem de sistema aberto. |
| Na Tecnologia | Teoria da Contingência | Administração da tecnologia (imperativo tecnológico). |
| Competitividade | Novas Abordagens na Administração | Caos e complexidade. Aprendizagem organizacional. Capital Intelectual. |

Fonte: CHIAVENATO, 2003, p. 12.

As teorias da administração foram elaboradas com o passar do tempo, sempre com aplicação científica, e a cada nova teoria que surgiu, foi com o intuito de adaptar as organizações para sua realidade.

O direito administrativo esta inserido no ordenamento jurídico pátrio como uma subdivisão do ramo denominado direito público. Nesse sentido, destacamos ensinamento do renomado doutrinador José Cretella Júnior (2006: p.07):

De modo geral, não só o fracionamento da ciência do direito em dois ramos – público e privado -, como também a subdivisão do direito público em diversos ramos é mais de natureza pedagógica do que de índole científica e tem valor, alias, muito relativo, mas é exatamente tal relatividade que interfere quando se pretende delimitar o âmbito do direito administrativo.

A administração do direito público abrange a atividade de planejar, dirigir, comandar e ainda a atividade subordinada de executar. A Administração é exercida através de ações coordenadas e planejadas, que denominamos de funções administrativas.

Segundo Di Pietro (2006, p. 54) a Administração Pública, pode ser utilizada em dois sentidos:

Em sentido formal ou orgânico, compreendem as pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer a função administrativa... em

sentido material ou funcional, as atividades exercidas pelos referidos entes, nesse sentido a Administração pública é a própria função administrativa, que incumbe ao Poder Executivo.

Bandeira de Mello (*apud* DI PIETRO 2006, p.67) ressalta que:

Indica duas versões para a origem do vocábulo administração. Para uns, vem de ad (preposição) mais ministro, as, are (verbo), que significa servir, executar; para outros, *vem de ad manus trahere*, que envolve idéia de direção ou gestão. Nas duas hipóteses, há o sentido de relação de subordinação, de hierarquia.

Quanto a Administração Pública, segundo Meyer (*apud* MEIRELLES 2005) é todo o aparelhamento do Estado, ordenado para a realização de seus serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas, ou seja, a estruturação legal das entidades e órgãos que irão desempenhar as funções, através dos agentes públicos (pessoas físicas).

Segundo complementa Mello (1979) *apud* Di Pietro (2006, p. 67):

[...] administrar significa não só prestar serviço, executá-lo, como, outrossim, dirigir, governar, exercer a vontade com o objetivo de obter um resultado útil; e que até, em sentido vulgar, administrar quer dizer traçar programa de ação e executá-lo.

A partir dos conceitos de 'Administração', enunciados por Mello e Di Pietro (2006), pode-se inferir que administrar é servir a outrem; gerir os recursos de outrem.

Na lição do mestre Hely Lopes Meirelles (2006), expressão Administração Pública possui uma diversidade de sentidos, mas que no Direito Público, do qual o Direito Administrativo é um dos ramos – a locução *Administração Pública* tanto designa pessoas e órgãos governamentais como a a atividade administrativa em si mesma.

Sobre Administração Pública, explica Di Pietro (2006, p.73) que:

A Administração Pública abrange as atividades exercidas pelas pessoas jurídicas, órgãos e agentes incumbidos de atender concretamente às necessidades coletivas; corresponde à função administrativa, atribuída preferencialmente aos órgãos do Poder Executivo.

As entidades jurídicas do direito público podem ser constituídas para execução de atividades típicas da Administração pública, por exemplo, as autarquias. Segundo Kohama (2008) a autarquia é o serviço autônomo; criado por lei, com a organização e regulamentação feita por decreto; com patrimônio e receita própria; recebe a execução do serviço público por transferência, agindo por direito próprio pela lei que a cria.

Segundo Moraes (2002, p.91):

A Administração Pública pode ser definida objetivamente como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve para a consecução dos interesses coletivos, e subjetivamente como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado.

A administração Pública é a atividade do estado exercida pelos seus órgãos encarregados do desempenho das funções públicas, dentro de uma relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente. Administrar é, assim, o ato de gerir, de governar, inferindo-se como administrador a pessoa que dirige, gerencia ou governa e administrado a pessoa subordinada a um administrador (LIMA, 1953).

Meirelles (2005, p. 64) afirma que:

Administração Pública – Em sentido formal, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade. Numa visão global, a Administração é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de seus serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas. A Administração não pratica atos de governo; pratica, tão-somente, atos de execução, com maior ou menor autonomia funcional, segundo a competência do órgão e de seus agentes. São os chamados atos administrativos (em itálico no original).

Alguns autores, como Canotilho (1998) distinguem duas sínteses fundamentais de Administração Pública, lembrando que a palavra Administração (grafada com maiúscula), significa não a atividade, mas a pessoa (órgão) que exerce. Neste sentido subjetivo, pode ser entendida como sinônimo de Governo; ao passo que administração (grafada com minúscula) é o conjunto de atividades preponderantes executórias de pessoas jurídicas de Direito Público ou delas delegatárias, gerindo interesses coletivos, na persecução dos fins desejados pelo estado.

Conforme assinala, ainda, Meirelles (2005, p. 65):

O Governo e a Administração, como criações abstratas da Constituição e das leis, atuam por intermédio de suas entidades (pessoas jurídicas), de seus órgãos (centros de decisão) e de seus agentes (pessoas físicas investidas em cargos e funções). (em itálico no original).

Para Bastos (2000, p. 57):

Embora esteja predominantemente sediada no Poder Executivo, a Administração Pública não se confunde com este. Os seus órgãos de cúpula são de natureza política; conseqüentemente, não integram a Administração Pública. Tanto os órgãos quanto a própria atividade administrativa existem em função da lei cuja atuação objetivam. Administrar, pois, é tornar concreta, é transformar em realidade a vontade abstrata da lei.

Conforme acrescenta Di Pietro (2006, p.73):

[...] a Administração Pública abrange as atividades exercidas pelas pessoas jurídicas, órgãos e agentes incumbidos de atender concretamente às necessidades coletivas; corresponde à função administrativa, atribuída preferencialmente aos órgãos do Poder Executivo.

O Decreto-Lei nº 200/1967 em seus artigos 3º e 4º define a estruturação da Administração Federal como:

Art. 3º Respeitada a competência constitucional do Poder Legislativo estabelecida no artigo 46, inciso II e IV, da Constituição, o Poder Executivo regulará a estruturação, as atribuições e funcionamento dos órgãos da Administração Federal:

Art. 4º A Administração Federal compreende:

I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

- a) Autarquias;
- b) Empresas Públicas;
- c) Sociedades de Economia Mista;
- d) fundações públicas.

Parágrafo único. As entidades compreendidas na Administração Indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade.

Serviço público, conforme explica Di Pietro (2006, p.74), e que será conceituado em seção própria, "é toda atividade que a Administração Pública executa, direta ou indiretamente, para satisfazer à necessidade coletiva, sob regime jurídico predominantemente público".

Na visão de Medauar (1998, p. 6): "A administração pública são a organização e a gerência de homens e materiais para a consecução dos propósitos de um governo".

"Às vezes, a lei opta pela execução indireta da atividade administrativa, transferindo-a a pessoas jurídicas com personalidade de direito público ou privado, que compõem a chamada Administração Indireta do Estado" (DI PIETRO, 2006, p.75).

O Governo e a Administração atuam através de suas entidades, órgãos e agentes, ou, como ensina Meirelles (2005, p.732):

A Administração Pública não é propriamente constituída de serviços, mas, sim, de órgãos a serviço do Estado, na gestão de bens e interesses qualificados da comunidade no âmbito federal, a Administração direta é o conjunto dos órgãos integrados na estrutura administrativa da União e a Administração indireta é o conjunto dos entes (personalizados) que, vinculados a um Ministério, prestam serviços públicos ou de interesse público.

As Entidades da Administração Indireta, conforme Meirelles (2005, p. 66), são:

Entidades estatais – São pessoas jurídicas de Direito Público que integram a estrutura constitucional do Estado e têm poderes políticos e administrativos, tais como a União, os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal. A União é soberana; as demais entidades estatais têm apenas autonomia política, administrativa e financeira, mas não dispõem de Soberania, que é privativa da Nação e própria da Federação.

Entidades autárquicas – São pessoas jurídicas de Direito Público, de natureza meramente administrativa, criadas por lei específica, para a realização de atividades, obras ou serviços descentralizados da entidade estatal que as criou. Funcionam e operam na forma estabelecida na lei instituidora e nos termos de seu regulamento. As autarquias podem desempenhar atividades econômicas, educacionais, previdenciárias e quaisquer outras outorgadas pela entidade estatal-matriz, mas sem subordinação hierárquica, sujeitas apenas ao controle finalístico de sua administração e da conduta de seus dirigentes.

Entidades fundacionais – São pessoas jurídicas de Direito Público ou pessoas jurídicas de Direito Privado, devendo a lei definir as respectivas áreas de atuação, conforme o inc. XIX do art. 37 da CF/1988, na nova redação dada pela EC 19/98. No primeiro caso elas são criadas por lei, à semelhança das autarquias, e no segundo a lei apenas autoriza sua criação, devendo o Poder Executivo tomar providências necessárias à sua instituição.

Entidades empresariais – São pessoas jurídicas de Direito Privado, instituídas sob a forma de sociedade de economia mista ou empresa pública, com a finalidade de prestar serviço público que possa ser explorado no modo empresarial, ou de exercer atividade econômica de relevante interesse coletivo. Sua criação deve ser autorizada por lei específica, cabendo ao Poder Executivo as providências complementares para sua instituição.

Entidades Paraestatais – São pessoas jurídicas de Direito Privado que, por lei, são autorizadas a prestar serviços ou realizar atividades de interesse coletivo ou público, mas não exclusivos do Estado. São espécies de entidades paraestatais os serviços sociais autônomos (SESI, SESC, SENAI e outros) e, agora as organizações sociais, cuja regulamentação foi aprovada pela Lei 9.648, de 27.5.98. As entidades paraestatais são autônomas, administrativa e financeiramente, têm patrimônio próprio e operam em regime da iniciativa particular, na forma de seus estatutos, ficando sujeitas apenas à supervisão do órgão da entidade estatal a que se encontrem vinculadas, para o controle de desempenho estatutário. São os denominados entes de cooperação com o Estado.

Complementando Meirelles (2005, p. 66), os entes que compõem a Administração Pública são as Entidades Estatais (Administração Direta – União, Estados, Municípios e Distrito Federal através dos Órgãos Públicos), e as Entidades da Administração Indireta (Autarquias, Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista e Fundações Públicas).

De acordo com Meirelles (2005, p. 65), "Entidade é pessoa jurídica, pública ou privada, órgão é elemento despersonalizado incumbido da realização das atividades da entidade a que pertence, através de seus agentes". (em itálico no original).

Conforme conceitua Meirelles (2005, p. 67):

Órgãos Públicos – São centros de competência instituídos para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem. São unidades de ação com atribuições específicas na organização estatal. Cada órgão, como centro de competência governamental ou administrativa, tem necessariamente funções, cargos e agentes, mas é distinto desses elementos, que podem ser modificados, substituídos ou retirados sem supressão na unidade orgânica. Isto explica porque a alteração de funções, ou a vacância dos cargos, ou a mudança de seus titulares, não acarreta a extinção do órgão.

2.2 Princípios da administração pública

O Princípio da Legalidade, primeiro a ser elencado no rol dos princípios administrativos, dentro do Estado Democrático de Direito, tem como encargo servir como uma medida de exercício de poder, fulcrado em processos jurídicos, pois há no Estado de Direito uma supremacia legal. Isto que dizer que são justamente as leis que governam a máquina estatal, e não verdadeiramente o homem, sendo exigível, desta forma, que haja uma vigorosa observância da lei, essencialmente, não podendo de forma alguma a norma ser violada ou contrariada. Nesse contexto tem-se a noção de que tão somente a lei poderá fazer qualquer tipo de restrição a direitos e garantias, não tendo qualquer outro tipo normativo a atribuição de fazê-lo (JUSTEN FILHO, 2005).

Alexandrino (2009) ressalta que a impessoalidade é firmada no princípio da Isonomia, o qual estabelece “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Partindo desta determinação o agente público administrador, por ser representante de uma nação, de uma sociedade, de forma universal, deverá por ela gerir, zelar, não havendo qualquer sentido, pelo simples fato do poder emanar do povo, condutas de feição administrativa não serem alinhadas ao benefício da sociedade, sendo atreladas em interesses privados do dirigente público, pois se diz a impessoalidade, em âmbito administrativo, decorrer da indisponibilidade do interesse público.

Ao discorrer sobre moralidade administrativa, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, (2006, p. 77), diz:

No entanto, antiga é a distinção entre Moral e Direito, ambos representados por círculos concêntricos, sendo o maior correspondente à moral e, o menor, ao direito. Licitude e honestidade seriam os traços distintivos entre o direito e a moral, numa aceitação ampla do brocardo segundo o qual *non omne quod lices honestum est* (nem tudo que é legal é honesto). (...) no âmbito do direito público, em especial no direito administrativo, no qual penetrou quando se começou a discutir o problema do exame jurisdicional do desvio de poder.

Di Pietro (2006) define a moralidade administrativa como o ‘conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração’; implica saber distinguir não só o bem e o mal, o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, mas também entre o honesto e o desonesto; há uma moral institucional, contida na lei, imposta pelo Poder Legislativo, e há a moral administrativa, que ‘é imposta de dentro e vigora no próprio ambiente institucional e condiciona a utilização de qualquer poder jurídico, mesmo o discricionário.’

Pelo princípio da Publicidade os atos praticados pela Administração exigem ampla divulgação, ressalvados casos de sigilo previstos em lei.

Os atos administrativos devem ser Públicos. Parte-se deste princípio para que seja demonstrada uma transparência dos próprios agentes públicos no que tange a prestação de contas de sua administração, para o provimento de informações à coletividade, conforme dita a Carta Magna. Trata-se esta publicidade, mesmo não sendo essência dos atos administrativos, de uma exigência para que os atos que produzam efeitos longínquos tenham eficácia. Entretanto, a própria Carta Política assegura o sigilo de específicas informações quando se entender necessário para a segurança do Estado e sociedade, simultaneamente. Destarte, a publicidade deve ser usada tão somente para a divulgação dos atos administrativos e jamais para a promoção pessoal do agente público (FIGUEIREDO, 2003).

Para culminar, a Constituição Federal elenca o Princípio da Eficiência, incluído pela Emenda Constitucional nº 19/98. Esse princípio revela a necessidade de fazer-se o mais com menos, de exigir-se que o agente público exerça suas atribuições com presteza.

Alexandre de Moraes (1998), sobre o tema destaca:

Assim, o princípio da eficiência é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social. Note-se que não se trata da consagração da tecnocracia, muito pelo contrário, o princípio da eficiência dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços sociais essenciais à população, visando a adoção de todos os meios legais e morais possíveis para a satisfação do bem comum.

Existem, ainda, outros princípios não previstos de forma explícita na Carta Magna.

Trata-se de um princípio não expressamente previsto no texto constitucional, mas que, no entanto, é o preceito basilar de normas lá constantes, quais sejam, as do art. 5º, incisos XXIII, XXIV, XXV, que cuidam da função social que a propriedade deve ter, desapropriação por utilidade pública e

requisição da propriedade por iminente perigo público, respectivamente, bem como as do art. 3º, inciso IV e art. 184, que dizem respeito à promoção do bem social e desapropriação baseada no interesse social (DE MELLO, 1999).

2.3 Procedimentos licitatórios

Do latim *licitatione*, derivado do *licitatio*, cujo significado é “venda por lances” o vocábulo em português passou a ter o sentido de “oferecimento de quantia, no ato de arrematação, adjudicação, hasta pública ou partilha judicial” conforme bem ensina o mestre José Cretella Júnior (2006, p 301)

Os procedimentos licitatórios referem-se a uma seqüência de trabalho, integrados por atos e fatos voltados para a consecução de um contrato. Sobre o tema Celso Antônio de Mello (2004) dispõe:

Os atos procedimentais visam a criar um último ato unilateral, que se inclui dentro do próprio procedimento, enquanto o procedimento licitatório, como um todo, visa a proporcionar o nascimento de um ato bilateral, externo ao procedimento, embora condicionado por ele: o contrato.

Do vocábulo podemos tirar parte do conceito da licitação, que é o processo administrativo formal, atualmente regido pelas regras gerais da Lei nº 8.666/93 e que tem como objetivo, satisfazer o interesse público e proporcionar à administração a escolha da proposta mais vantajosa segundo os critérios estabelecidos no instrumento convocatório, para a contratação de obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações.

O procedimento licitatório por ser um ato administrativo formal deve ser processado em estrita conformidade com os seguintes princípios básicos citados por Dallari (2003):

Legalidade - Também chamado de princípio do procedimento formal, é o que impõe a vinculação da licitação às prescrições legais que a regem em todos os seus atos e fases. Só sendo permitido na licitação o que a Lei faculta. Essas prescrições decorrem não só da Lei, mas também do próprio Edital.

Impessoalidade - Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal, há apenas o condicionamento à norma legal. O Administrador Público age em defesa dos interesses públicos coletivos, e nunca em seu interesse pessoal ou de apenas alguns a quem pretenda favorecer. A finalidade é inafastável do interesse público.

Moralidade - A moral administrativa exige a conformação do ato não só com a Lei, mas também com o interesse coletivo, inseparável da atividade administrativa, constituindo-se no pressuposto básico para a validade dos atos administrativos. Não se trata de moral comum, mas sim de uma moral jurídica. Ao legal, deve ser agregado o honesto e o conveniente aos interesses sociais e coletivos.

Igualdade - A igualdade entre os possíveis concorrentes é a espinha dorsal da licitação, é a condição indispensável da existência de competição real, efetiva e concreta. É dever da Administração Pública, zelar para que todos os participantes da licitação concorram em igualdade de condições. Deve-se assegurar aos licitantes idênticas condições e oportunidades para prestar esclarecimentos, acompanhar diligências, falar nos autos e examiná-los. A Constituição Federal veda a discriminação entre os participantes.

Publicidade - A publicidade dos atos da licitação é princípio que abrange desde os avisos de sua abertura até o conhecimento do edital e seus anexos. Deve-se dar conhecimento dos atos licitatórios aos interessados pelos mesmos meios e na mesma ocasião, evitando-se o privilégio da ciência antecipada. A publicidade, além de princípio geral do direito administrativo, é condição de eficácia dos direitos dos licitantes e do seu amplo controle pela sociedade em geral. A publicidade é necessária no início do certame, para dar conhecimento dele aos possíveis interessados; da abertura dos envelopes, para permitir o controle; e para propiciar recursos e impugnações, assim como para a prática de outros atos inerentes à licitação. É em razão desse princípio que se impõe a abertura dos envelopes da documentação e proposta em público e a publicação oficial das decisões dos Órgãos julgadores e do respectivo contrato, ainda que resumidamente.

Probidade Administrativa - Este princípio é obrigatório à ação do administrador público, vez que há normas éticas a acatar e reverenciar, sob pena de o administrador ser incompatibilizado para a função pública de que está investido.

Vinculação ao Instrumento Convocatório - Significa que a Administração e os licitantes ficam vinculados ao pedido ou permitido no Edital quanto ao procedimento, à documentação, às propostas, ao julgamento e ao contrato. O contrato, ou documento equivalente, não poderá estabelecer condições distintas daquelas estabelecidas no Edital.

Julgamento Objetivo - É o que se baseia no critério indicado no Edital e nos termos específicos da proposta. O Edital deve estabelecer os critérios de julgamento, de forma clara e com parâmetros objetivos.

Vale ressaltar que a Lei Geral do Processo Administrativo, como passou a ser chamada a Lei nº 9.784/1999, é alvo de especial importância, uma vez que tem influência nos mais variados procedimentos administrativos hodiernamente regulados em leis especiais de aplicação mais ou menos restrita, a exemplo do Regime Jurídico Único (RJU), em suas disposições relativas ao procedimento administrativo disciplinar; do processo administrativo fiscal (PAF), sistematizando o procedimento de consulta fiscal e defesa do contribuinte; dos dispositivos sobre recursos administrativos previstos pela Lei de licitações; do Código Nacional de Trânsito, quando trata das sanções e penalidades administrativas a que estão sujeitos os condutores de veículos automotores, para mencionar alguns.

Nesse sentido Celso Antônio de Mello (2004) finaliza:

A conclusão do procedimento licitatório é condição para que a entidade governamental possa contratar, desde que o faça com o ofertante da proposta vencedora. Se for preterido por terceiro, o contrato será nulo (art. 50 Lei 8.666/93) e o preterido terá direito ao contrato.

Podemos observar de forma bem clara através das normas, que a licitação pública tem uma ordem pré-estabelecida de atos administrativos que, externamente, inicia-se pela expedição do

instrumento convocatório (edital ou carta-convite, no caso da modalidade convite) e tem o seu termo final com a homologação do procedimento licitatório, após a adjudicação do seu objeto ao vencedor.

2.3.1 Modalidades de Licitação

É a forma específica de conduzir o procedimento licitatório, a partir de critérios definidos em lei. O valor estimado para contratação é o principal fator para escolha da modalidade de licitação, exceto quando se trata de pregão, que não está limitado a valores. As modalidades de licitação admitidas são exclusivamente as seguintes de acordo com Moraes (2007):

a) Concorrência: A Concorrência é utilizada para realizar contratações de grande valor e ainda para compra ou alienação de bens imóveis e concessão de direito real de uso. Modalidade da qual podem participar quaisquer interessados que na fase de habilitação preliminar comprovem possuir requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução do objeto da licitação (art. 22 § 1º Lei 8.666/93) (MORAES, 2007).

b) Tomada de Preços: A Tomada de Preços é um procedimento de licitação destinada a transações de vulto médio, na qual exige-se para participação, o cadastro prévio dos licitantes. Modalidade realizada entre interessados devidamente cadastrados que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação (art. 22 § 2º Lei 8.666/93) (MORAES, 2007).

c) Convite: O Convite é um procedimento de licitação mais simplificado, destinado às contratações de pequeno valor. Modalidade realizada entre interessados do ramo de que trata o objeto da licitação, escolhidos e convidados em número mínimo de três pela Administração. Nesta modalidade a administração escolhe os convidados, entre os possíveis interessados, cadastrados ou não. A divulgação deve ser feita mediante afixação de cópia do convite em quadro de avisos do órgão ou entidade, localizado em lugar de ampla divulgação. É possível a participação de interessados que não tenham sido formalmente convidados, mas que sejam do ramo do objeto licitado, desde que cadastrados no órgão competente. Esses interessados devem solicitar o convite com antecedência de até 24 horas da apresentação das propostas. Para que a contratação seja possível nesta modalidade, são necessárias pelo menos três propostas válidas, isto é, que atendam a todas as exigências do ato convocatório. Não é suficiente a obtenção de três propostas. É preciso que as três sejam válidas. Caso isso não ocorra, a Administração deve repetir o convite e convidar mais um interessado, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações, ressalvadas as hipóteses de limitação de mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, circunstâncias estas que devem ser justificadas no processo de licitação (art. 22 § 3º Lei 8.666/93) (MORAES, 2007).

d) Concurso: Ocorre entre quaisquer interessados para a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante o pagamento de prêmio ou remuneração aos vencedores (art. 22 § 4º Lei 8.666/93) (MORAES, 2007).

e) Leilão: Ocorre entre quaisquer interessados para a venda de bens moveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados (art. 22 § 5º Lei 8.666/93) (MORAES, 2007).

f) Pregão: Trata-se da modalidade de licitação destinada à aquisição de bens e serviços comuns, no qual a disputa pelo fornecimento é feita em sessão pública, por meio de propostas e lances, para classificação e habilitação do licitante com a proposta de menor preço. Em síntese, os licitantes apresentam suas propostas de preço por escrito e por lances verbais, independentemente do valor estimado da contratação. Ao contrário do que ocorre em outras modalidades, no Pregão a escolha da proposta é feita antes da análise da documentação, razão maior de sua celeridade. A modalidade pregão foi instituída pela Medida Provisória 2.026, de 4 de maio de 2000, convertida na Lei nº 10.520, de 2002, regulamentada pelo Decreto 3.555, de 2000 (MORAES, 2007).

2.3.2 Escolha da Modalidade

Diferente do Pregão a escolha das modalidades concorrência, tomada de preços, e convite são definidas pelos limites consignados nos incisos do art. 23 da Lei 8.666/93, a seguir:

- I - para obras e serviços de engenharia:
 - a) convite - até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);
 - b) tomada de preços - até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);
 - c) concorrência - acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);
- II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:
 - a) convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);
 - b) tomada de preços - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais);
 - c) concorrência - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais). Valores estabelecidos pela Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998.

2.3.3 Edital

Também denominado de Instrumento Convocatório, trata-se de um documento que permite tornar público as regras e procedimentos inerentes ao certame. A definição de Edital para o destacado Professor Celso Antônio B. de Mello (2004), a saber:

É o ato por cujo meio a Administração faz público seu propósito de licitar um objeto determinado, estabelece os requisitos exigidos dos proponentes e das propostas, regula os termos segundo os quais os avaliará e fixa as cláusulas do eventual contrato a ser travado.

2.3.4 Apresentação das Propostas

Com a apresentação das propostas, estabelece-se um vínculo obrigacional entre a administração e os que dantes eram eventuais interessados, pois que, naquele momento, passam à condição de licitantes (MORAES, 2007).

O sigilo na apresentação das propostas é obrigatório, a fim de evitar que um proponente se tornasse em posição vantajosa perante os demais, corroborando com o princípio da igualdade entre os licitantes. Cabe ressaltar aqui algumas considerações a respeito na opinião de Moraes (2007):

Habilitação: A habilitação é um ato procedimental que consiste no recebimento da documentação proposta. A Lei 8.666/93 no seu artigo 43 e incisos destaca os procedimentos exigíveis para a fase. Os documentos exigidos para a habilitação devem pautar-se somente nos critérios estabelecidos pela lei 8.666/93, em seu art. 27. Não é demasiado lembrar que ao examinar a situação dos que participam da licitação, a administração analisará tão somente o preenchimento (ou não), dos requisitos estabelecidos no instrumento convocatório. De acordo com Fonseca (2007): “A tríplice: capacidade jurídica, técnica e financeira formula a idéia de idoneidade do licitante, para arcar com os ônus e responsabilidades que pretende assumir, por ocasião de firmar um contrato com Administração Pública”. Aqui, examinam-se em especial, os atributos do proponente. Na falta, porém, de algum documento, a administração pública deverá conceder prazo de oito dias para que os interessados supram as documentações pendentes de regularização. O desatendimento de algum dos requisitos exigidos gera a inabilitação (MORAES, 2007).

Aquele que for inabilitado receberá seu envelope de proposta fechado. Desta decisão cabe recurso hierárquico (art. 109, § 1º da lei 8.666/93), que será comunicado aos demais licitantes para impugná-lo no prazo de cinco dias (MORAES, 2007).

Se ocorrer a inabilitação de todos os interessados, de acordo com o §3º do art. 48 da mesma lei, a Administração Pública concede prazo de cinco dias para que seja regularizada a documentação, como já asseverado (MORAES, 2007).

Classificação e Desclassificação: No entendimento de Celso Antônio Bandeira de Melo, a classificação é o ato pelo qual as propostas admitidas são ordenadas em função das vantagens que oferecem. Nesta fase, será analisada a proposta quanto ao seu conteúdo, a revés da habilitação, que analisa tão-somente os requisitos formais. De outro giro, a desclassificação corresponde a ato administrativo vinculado pelo qual a comissão exclui proposta apresentada por licitante habilitado, seja em razão de sua desconformidade com os requisitos do edital, seja em razão de sua inviabilidade (MORAES, 2007).

A classificação de propostas poderá ensejar a realização de perícias, exames, testes, para a aferição da idoneidade da proposta apresentada. Por via de consequência, a proposta inidônea será desclassificada imediatamente.

Homologação e Adjudicação: A adjudicação é o ato administrativo que corresponde à aprovação do certame licitatório e de seu resultado. É realizada pela autoridade administrativa não participante da comissão de licitação e indicada pela lei local. No momento deste exame, a autoridade pode homologar a licitação, ou seja, pode conferir legitimidade a todos os atos praticados durante a licitação. Outrossim, deverá a autoridade, além de verificar a regularidade dos atos, avaliar as questões referentes à oportunidade e conveniência da licitação para o interesse Público. No exato momento que o licitante teve sua proposta acolhida como a vencedora, deverá ocorrer a adjudicação, ou seja, a declaração por parte da Administração Pública de “tal” empresa terá direito ao contrato futuro. Assim, quando a autoridade entender que a licitação observou os ditames legais e que atende o interesse Público, deve adjudicar ao vencedor o objeto da licitação (MORAES, 2007).

Anulação da Licitação: A anulação, consoante orientação firmada pela doutrina e jurisprudência de Direito Administrativo, corresponde ao desfazimento do ato administrativo em decorrência de razões diretamente resultantes de sua ilegalidade. Pode ser promovida pelo Judiciário ou pela própria Administração, de ofício ou mediante provocação de terceiros, sempre que se detectar a causa de invalidação que vicia determinado ato praticado em desconformidade com as normas e regulamentos em vigor. A anulação gera efeitos *ex tunc* em não dá direito à indenização. A anulação pode ser ainda, somente parcial, atingindo determinado ato (MORAES, 2007).

Revogação de Licitação: A revogação pode acontecer por motivo de superveniente, em razão do qual a Administração Pública julgue ser de interesse público, sendo assegurado, no entanto, a ampla defesa e contraditório ao vencedor do certame licitatório. Ao contrário da anulação, a revogação pode ensejar direito à indenização, conforme o caso. Este procedimento não tem por escopo examinar a legalidade do ato, mas sim, verificar a ocorrência (ou não) de dois pressupostos legais que a legitima, quais sejam, a ocorrência de um fato superveniente àquela autorização expedida pela autoridade superior para iniciar a licitação, e por razões de Interesse Público. Estes dois pressupostos legais devem ser avaliados sob os critérios de oportunidade e conveniência. O art. 49 da Lei nº 8.666/93 trata especificamente do assunto, como podemos observar, in verbis: "A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado" (MORAES, 2007).

Responsabilidade Penal: A Lei de Licitação e Contratos prevê diferentes figuras típicas no que tange ao cumprimento de certas obrigações elencadas. Prevê crimes próprios e comuns, ou seja, em alguns delitos o sujeito ativo do crime é o agente Público, em outros será ele o licitante, e ainda, há ocasiões em que ambos infringem penalmente a Lei (MORAES, 2007).

Recursos Administrativos na Licitação: Recurso administrativo é expressão que denota os meios postos à disposição dos administrados para pedir o reexame dos atos da Administração Pública, que aqueles entendem incorretos ou carreados de ilegalidade. O art. 109 da Lei de 8.666 relata os recursos administrativos cabíveis. São eles: Recurso, representação e pedido de reconsideração. O prazo para interposição do recurso contra ato da Administração é de cinco dias em alguns casos, a contar da data da intimação ou da lavratura da ata. No caso em que não cabe recurso o interessado pode interpor representação em igual prazo. O pedido de reconsideração é cabível com relação a ato de Ministro de Estado ou Secretário estadual ou municipal, no caso de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração. O prazo para sua interposição é de dez dias a contar da intimação da decisão (MORAES, 2007).

2.4 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS

Os princípios norteiam, alicerçam e irradiam por todo ordenamento jurídico. Nas constituições modernas, a igualdade, ou isonomia, é princípio fundamental. No entanto, ocorre de só ser positivada

no seu sentido formal, de igualdade perante a lei, conforme, aliás, começou por fazê-lo o constituinte brasileiro: Todos são iguais perante a lei (Constituição de 1988, art. 5º, caput). Não obstante, a igualdade formal não satisfaz. Pelo contrário, o tratamento igualitário perante a lei é a perfeita justificativa para o efetivo tratamento não isonômico. De fato, a administração, vinculada à legalidade, concretizará o comando abstrato da norma. E, se residir nesse critério posto na lei o cerne da discriminação, o agente cuidará tão somente de, perante a lei, aplicá-lo igualitariamente, ou seja, desigualar conforme a lei. Canotilho (1993, p. 563) lembra que hoje o princípio da igualdade condensa uma grande riqueza de conteúdo, mas “a afirmação – ‘todos os cidadãos são iguais perante a lei’ – significava, tradicionalmente, a exigência de igualdade na aplicação do direito”. Nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello (2004):

O princípio da igualdade perante a lei, ou da isonomia, não significa, apenas, o nivelamento dos cidadãos perante a norma legal, mas muito mais: que a própria lei não pode ser editada em desconformidade a ele - princípio que obriga não só o aplicador da lei, mas também o legislador.

Silva (1994, p. 193) consigna que:

A burguesia, cônica de seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade. É que um regime de igualdade contraria seus interesses e dá à liberdade sentido material que não se harmoniza com o domínio de classe em que assenta a democracia liberal burguesa.

E Torres (1995, p. 260) completa: “A igualdade é o mais importante dos princípios jurídicos e o que oferece a maior dificuldade de compreensão ao jurista e ao filósofo do direito”.

Considerando os comentários acima, a Lei 8.666/93 deixa claro que a celebração de contratos com terceiros na Administração Pública deve passar pelos trâmites de licitação, ressalvadas as sobreditas hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

Corroborando com os escritos a Lei de Licitações e Contratos traz no seu artigo 3º *in verbis*:

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da

publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

2.5 CORRUPÇÃO E O CAPITALISMO DE LAÇOS

Klitgaard (*apud* PEREIRA, 2004) oferece uma definição de corrupção que será a utilizada na presente monografia: “corrupção é o comportamento que se desvia dos deveres formais de uma função pública devido a interesses privados (pessoais, familiares, de grupo fechado) de natureza pecuniária ou para melhorar o status, ou que viola regras contra o exercício de certos tipos de comportamento ligados a interesses privados”.

De acordo com Carvalhosa (2016, p. 1):

No Brasil, prevalece o capitalismo de laços, que, na Inglaterra, é designado como *crony capitalism*. Essa forma de capitalismo se caracteriza como uma economia na qual o sucesso nos negócios depende das relações entre os empresários e os agentes públicos. Daí resulta o favoritismo para determinadas empresas que contratam serviços públicos e fornecimentos. O capitalismo de laços caracteriza-se, portanto, como o regime da relação direta, permanente dos empresários com os agentes públicos. No Brasil o capitalismo de laços é liderado pelas empreiteiras de obras públicas que, na sua totalidade, são controladas por grupos familiares o que permite uma manipulação continuada das relações com os agentes políticos e administrativos.

Carlos Vogt destaca que um dos temas mais importantes quando se trata da corrupção como algo sistêmico é a eficácia. Ele explica que a distância entre o cidadão e o Estado que ele representa é medida pela eficácia ou pela ineficácia das normas, das leis e das regras, que devem atender aos anseios do indivíduo, da família e da sociedade em que ele está. Se isso não acontece, um sistema paralelo se apresenta como solução. “Pagando uma pequena propina, você tem soluções muito mais rápidas e eficazes do que seguindo regras. E as pessoas às vezes optam por esse sistema paralelo”. (INSTITUTO DNA BRASIL, 2005, p.63)

No Brasil frequentemente nos deparamos com atitudes corruptas, geralmente ligadas a atos de governantes políticos. De imediato, comentamos e exigimos uma mudança radical para aquela situação. Contudo, todos nós, pelo menos em uma situação mínima que seja, já realizamos ou participamos de alguma atitude corrupta, como “furar uma fila”, receber um “troco” a mais e não devolver, e outras situações da vida cotidiana. Para alguns países esta é simplesmente uma conduta imoral. Porém, para o Brasil criamos uma nomenclatura para tal atitude, qual seja, o “jeitinho brasileiro”. Como se tivéssemos assumido a corrupção como algo intrínseco ao povo brasileiro. É comum também chamarmos de esperteza determinada conduta corrupta (BEZERRA, 1995).

O jeitinho está ligado à nossa criatividade em busca de soluções rápidas para os problemas imediatos. Resolver a felicidade imediatamente, afirma Vogt. Em um resgate histórico dessa

característica na identidade nacional do brasileiro, o linguista recorda que ela possuiu no passado um lado positivo de distinção: Correspondia, grosso modo, a outro predicado de nossa identidade: a malandragem. Vogt, alerta, porém, que a malandragem romântica e estruturada na tensão da dialética da ordem e da desordem evoluiu para o bandidismo e, em decorrência dos fenômenos políticos e sociais, desembocou no “por fora” e na corrupção. (INSTITUTO DNA BRASIL, 2005, p.68).

Luca Mezzetti (2004, p. 39) afirma que:

Quando estive no Brasil, por ocasião do 10º Encontro Nacional de Direito Constitucional, que tratou do regime democrático e da questão da corrupção política, apresentou um panorama europeu de combate à corrupção; medidas legislativas e não legislativas estão sendo e ainda serão tomadas nos mais diversos países europeus para a luta contra esta patologia eleitoral. É o caso, da Alemanha em que existem, em alguns de seus *Länder*, as "Seções anticorrupção", e da França, com o "Serviço central de prevenção da corrupção", criado em 1993.

Para Raul Machado Horta (2004, p. 128) e Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2001, p. 208), para quem o fenômeno da corrupção é registrado desde a Antiguidade, acrescentando que, nos dias que correm, não é ele um fenômeno exclusivamente brasileiro: "o mesmo se passa noutros (países), inclusive nos mais desenvolvidos: Japão, Holanda, França, Estados Unidos, URSS etc. E isto a ponto de provocar reuniões internacionais, como o 5º Congresso Mundial sobre a Corrupção, em Amsterdam, na Holanda, em março passado".

2.6 DESCRIÇÃO DA PERFORMANCE BOND

Na definição de Vollbrecht e Lewis (2009, p. 7), as *performance bonds* são: “contratos bilaterais expressos com direitos e obrigações de característica trilateral. Além disso, eles podem, e muitas vezes o fazem, incorporar preceitos e disposições regimentais, estatutárias, regulamentares e legais”

Instituto originário do direito norte americano, o Performance Bond, é um seguro garantia que pode ser exigido pelo contratante e pago pelo contratado à uma seguradora, ou a um grupo de seguradoras (resseguro), que garante à Administração a entrega do objeto contratado; sendo especialmente utilizado em contratos complexos e de alto custo, como serviços, obras e mesmo para garantir obrigações derivadas de concessões públicas. As condições da apólice garantem à Administração o cumprimento do objeto contratado, de modo que se a empresa executante não cumprir as obrigações avençadas, a seguradora estará encarregada de fazê-lo, inclusive contratando outras empresas (CARVALHOSA, 2016, p. 62).

O risco do agente segurador encontra-se no inadimplemento da obrigação contratual que o tomador tinha com o poder público (regular execução do contrato para construir uma ponte, por

exemplo). Assim, a *performance bond* aumenta as chances de que a execução observe todas as especificações contratuais, oferece menores taxas e é emitida com maior rapidez. Além disso, pode exercer um papel-chave na prevenção de riscos, pois a sua emissão "não compromete a colateral da firma segurada, o que reduz a pressão sobre os seus índices de liquidez" (CARVALHOSA, 2016, p. 62).

É importante inicialmente ressaltar que apesar da garantia buscar proteger o interesse público contra eventuais descumprimentos das obrigações contratuais pelo prestador, a norma faculta a este (e não à administração) a escolha da modalidade de garantia. Justen Filho (2010, p. 720) contudo, pondera que o fato da norma (conforme exegese do Art. 56 caput), deixar à discricionariedade da administração a exigência ou não da garantia, deve-se ao fato de que o oferecimento de garantias implica em onerar os custos da prestação, aduzindo o autor que "a prestação de garantias representa um encargo econômico-financeiro para o particular. Para promover a garantia é obrigado a desembolsar recursos. Em alguns casos, as dimensões desse encargo podem atingir valores muito elevados".

A *performance bond* pode ser utilizada tanto para resguardar interesses públicos quanto os privados, interessados na execução regular de contratos. Quando emitida em favor do Estado, resguarda o interesse público envolvido em todo contrato administrativo (CARVALHOSA, 2016, p. 62).

Destaca Mota (2011) que dispomos "de dispositivos legais, normativos e regulamentares que podem - e devem - ser utilizados para assegurar a qualidade das obras públicas" ressaltando contudo que "esses dispositivos, quer por seu desconhecimento integral, quer por sua não interpretação conjunta e concomitante, são subutilizados, possibilitando a ocorrência de má qualidade das obras públicas".

Na relação contratual da apólice de seguro garantia, o dever de adimplemento ao qual a seguradora se sub-roga na relação jurídico contratual da apólice tem natureza indenizatória, pois "o segurador não se obriga a pagar o crédito segurado, em lugar do devedor original, mas a indenizar o segurado das consequências patrimoniais do inadimplemento [do tomador]" (MOTA, 2011) até o limite do risco contratado.

3. CONCLUSÃO

Diante do Exposto, é de grande importância ressaltar as conclusões a que se chegou o presente trabalho:

A licitação é uma das formas mais eficazes dispostas pela administração pública, para que seguindo os princípios constitucionais possa escolher dentre todas as propostas que receba a mais vantajosa para execução de obras ou serviços;

Por meio da Lei 8666/93 o autor tentou prever todas as formas em que a licitação fosse dispensada ou inexigível. No caso da licitação inexigível não é possível prever todos os casos em que

a competição torna-se inexecutável, uma vez que a administração pública não dispõe de critérios objetivos para comparar propostas;

O exame do Seguro Garantia na modalidade Performance Bonds , revela que o instituto pode suprir inúmeras deficiências do ente estatal contratante, de modo a garantir maior sucesso à plena concretização do objeto licitado, na medida em que oferece vantagens tanto à Administração contratante, quanto ao contratado.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 17. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**: artigos 5º a 17. São Paulo : Saraiva, 1989.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Celso Bastos. 2002.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Licitação**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 1999 p. 72.

CAMARÃO, Tatiana; GUSMÃO, Fabiana; PEREIRA, Fausto Cunha. **Manual Prático do Pregão**. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17 ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007.

CARVALHOSA, M. **Combate efetivo à corrupção depende da quebra do capitalismo de laços**. Revista dos Tribunais, vol. 967. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jun-14/modesto-carvalhosa-combate-corrupcao-ataca-capitalismo-lacos>

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 6. ed. atual, rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Elementos de Direito Administrativo**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FERRAZ, Sérgio; Dallari, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico**. 2 ed.; Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FONSECA, Marco Adriano Ramos. **Pregão eletrônico: Uma Análise de sua Aplicabilidade e Eficácia na Administração Pública Federal**. São Paulo: Impactus Editora, 2007.

KOHAMA, Heilio. **Contabilidade Pública: teoria e prática**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. **Manual de Direito Financeiro e Tributário**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1994.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentário à Lei de Licitação e Contratos Administrativos**. 8. ed. São Paulo, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

LIMA, Ruy Cirne. **Sistema de Direito Administrativo Brasileiro**. Ed. Santa Maria – 1953.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 2. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. São Paulo: RT, 1991.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações & Contratos**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

MOTA, Cezar Augusto. **Qualidade das obras públicas em função da interpretação e prática dos fundamentos da lei 8.666/93 e da legislação correlata**. Fortaleza: Instituto Brasileiro de Engenharia de Auditoria. 2011

MUKAI, Toshio. **Licitações e Contratos Públicos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004

NETO, Antonio Lopes. **Comentários sobre direito administrativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Da Organização do Estado, Dos Poderes e Histórico das Constituições**. São Paulo: Saraiva, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SILVA JÚNIOR, Abílio da. **Inexigibilidade da proposta nas licitações de obras e serviços de engenharia**. São José, 2002

TANAKA, Sônia Y. K. **Sistema de credenciamento**: hipótese de inexigibilidade de licitação: requisitos necessários: considerações. BLC - Boletim de Licitações e Contratos. São Paulo: Editora NDJ, maio 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação**: imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

VAZ, Anderson Rosa. **Requisitos para a contratação de serviços advocatícios com base em inexigibilidade de licitação**. BLC - Boletim de Licitações e Contratos. São Paulo: Editora NDJ, fev. 2004.

COMO CITAR ESSE DOCUMENTO:

NUNES, Danilo Henrique; LEHFELD, Lucas Souza. "Performance bond" e "surety bond" como instrumentos de regulação e concreção de políticas públicas para desenvolvimento nacional após a operação lava-jato. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 1, n. 54, p. 120-143, jun. 2018. ISSN 1982-9957. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/11457>>. Acesso em: _____. doi:<http://dx.doi.org/10.17058/rdunisc.v1i54.11457>.